

DIREITO DE ACRESCEER E SUBSTITUIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Ricardo da Silva Bastos

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru - ITE.

Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP.

Membro do Núcleo de Pesquisa Docente da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

Membro do Núcleo de Pesquisa e Integração do Centro de Pós-Graduação
da Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

Advogado.

1. DIREITO DE ACRESCEER

1.1 Conceito e fonte histórica

Direito de acresceer é a devolução da parte do co-herdeiro ou co-legatário que não quis ou não pôde receber, a quem por lei¹ ou por disposição conjunta não especificada, for beneficiado. Para Itabaiana de Oliveira,

o direito de acresceer tem lugar quando o co-herdeiro, ou o co-legatário, recolhe a porção do outro nomeado conjuntamente

¹ A inserção da “lei”, além da vontade presumida do testador, como parte do conceito do direito de acresceer, dá-se pelo fato de que o acresceer não pertence exclusivamente ao campo da sucessão testamentária (nem tampouco ao direito sucessório, como veremos adiante), como na hipótese do art. 1.810 do CC, por exemplo. Portanto, além da vontade presumida do testador (arts. 1.941 e ss. do CC), haverá acresceer em outras disposições legais, fruto da vontade do legislador, por questão de opção legislativa.

na mesma herança, ou no mesmo legado, sem distribuição de partes, nos casos previstos em lei.²

Giselda Hironaka comenta que o testador pode instituir

em disposição testamentária idêntica ou diversa, herdeiros ou legatários, sem qualquer disposição acerca da quota-parte que a cada um deles tocará, quando do recebimento, respectivamente, da mesma herança ou do mesmo legado, legado esse consistente em coisa certa e determinada ou, ainda, não passível de divisão, uma vez que, se tal ocorrer, presente o risco da coisa se desvalorizar.³

A importância do direito de acrescer está em regular o destino de uma parte da herança ou legado, tendo em vista não querer ou não poder o instituído recebê-la e não haver substituto previsto. Como não existe *jure representationis* na sucessão testamentária, admite a lei seja acrescida a porção da herança ou legado ao herdeiro ou legatário instituído conjuntamente com o faltante.

A doutrina costuma referir-se, quanto à origem do instituto, a três espécies de disposições conjuntas, realizadas em Roma. Na primeira, a *conjunção real* (*re tantum*), o testador, em cláusulas distintas, institui mais de um herdeiro ou legatário, sem determinar a parte de cada um; na *conjunção verbal* (*verbis tantum*), na mesma cláusula testamentária, o testador opera a mesma transferência, mas discriminando a parte de cada um; finalmente, na *conjunção mista* (*re et verbis*) o testador, na mesma cláusula testamentária deixa a herança ou um legado a dois ou mais herdeiros ou legatários, sem, contudo, especificar a parte de cada um deles. O nosso direito admite o direito de acrescer nas hipóteses de *conjunção real e mista*.

O STJ já decidiu que

quando o testador fixa a cota ou o objeto de cada sucessor, não há direito de acrescer entre os demais herdeiros ou legatários. Ocorre a conjunção verbis tantum quando são utilizadas as expressões partes iguais, partes equivalentes, ou outras que denotem o mesmo significado, o que exclui o direito de acrescer.⁴

2 Tratado de Direito das Sucessões, Freitas Bastos, 5ª ed., p. 230.

3 Curso Avançado de Direito Civil, RT, 2ª ed., p.412.

4 RESP 2003/0118952-5, Rel. Min. Castro Filho, 3ª T., j. 09/03/2004, DJ 19/04/2004 (fonte: www.stj.gov.br).

O motivo encontra-se exatamente no fato de que tanto na conjunção real, como na mista, o testador não especifica os quinhões de cada um, dispondo conjuntamente.⁵

O art. 1.941 do novo Código Civil, em disposição semelhante ao Código de 1916 (art. 1.710)⁶, narra que

quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos co-herdeiros, salvo o direito do substituto.

O dispositivo legal refere-se à possibilidade do direito de acrescer entre herdeiros, regulando o instituto, para os legatários, no art. 1.942. Note-se que o art. 1.941 menciona que ocorrerá o acrescer “quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança”. Por este motivo, Sílvio Rodrigues (em obra atualizada por Zeno Veloso) ressalta que “enquanto o direito de acrescer entre herdeiros só ocorrerá se houver conjunção *re et verbis*, entre os legatários ele haverá quer nessa hipótese, quer na de conjunção *re tantum*”.⁷

Sendo o dispositivo a exteriorização fictícia da vontade do testador, deve-se interpretá-lo como sendo “*regra dispositiva, de forma que o testador pode dispor de modo diferente, excluindo o acréscimo e dispondo que, na falta de algum herdeiro a sua parte vá, por exemplo, aos herdeiros legítimos*”.⁸

1.2 Natureza jurídica

Para Eduardo de Oliveira Leite

- 5 Itabaiana de Oliveira define bem a disposição conjunta como sendo “*aquela em que vários herdeiros, ou legatários, são chamados, coletivamente, para a fruição dos bens do testador, ou de uma certa porção deles.*” Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 230.
- 6 “Art. 1.710. Verifica-se o direito de acrescer entre co-herdeiros, quando estes, pela mesma disposição de um testamento, são conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados”.
- 7 Direito Civil, vol. 7, Saraiva, 2002, p. 226. Washington de Barros Monteiro, em seu clássico Curso de Direito Civil, Saraiva, 6º vol., 13ª ed., p. 197, comentando o art. 1.710 do CC anterior, o qual fazia a mesma menção (“mesma disposição testamentária”), entretanto, diz que “*não é imprescindível que a convocação se realize pela mesma frase; ainda que o testador empregue frases diversas, haverá disposição conjunta (re tantum), se atribui indeterminadamente a mesma coisa a pessoas diferentes neste caso, porém, o bem herdado deve ser indivisível.*”
- 8 “A regra do artigo 1.941 é simplesmente dispositiva, de forma que o testador pode dispor de modo diferente, excluindo o acréscimo e dispondo que, na falta de algum herdeiro a sua parte vá, por exemplo, aos herdeiros legítimos”. Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao Novo Código Civil, Forense, vol. XXI, 4ª ed., coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 575.

*o direito de acrescer é uma forma de ordem de sucessão hereditária indireta, ou seja, uma espécie de chamamento à herança de alguém que, inicialmente, ou indiretamente não era chamado a essa quota da herança e que só passa a sê-lo em virtude de alguma vicissitude ocorrida no momento posterior à abertura da sucessão.*⁹

Caio Mário entende que “pode, sob certo aspecto, configurar-se o *ius accrescendi* como se fosse uma substituição presumida na lei, que só tem lugar na disposição conjunta”.¹⁰

Denominar o direito de acrescer de “ordem de sucessão hereditária indireta” não nos parece a designação mais apropriada. Embora a ordem de vocação hereditária seja, conforme amplo entendimento doutrinário, a melhor forma de cumprir um desejo presumido *do de cujus*, sendo este também o fundamento do direito de acrescer, não se deve considerar o acrescer como uma forma de ordem de sucessão hereditária. Primeiro porque aquela pertence especificamente ao campo da sucessão *ab intestato*, depois porque o direito de acrescer é conferido a quem já havia sido contemplado, recebendo a parte daquele que não quis ou não pôde aceitar, desde que a disposição seja conjunta e não haja substituto previsto. Considerar este acréscimo como ordem de sucessão hereditária indireta parece-nos, neste sentido, um exagero.

Por outro lado, não nos parece apropriado denominá-lo de “substituição presumida na lei”, visto que o direito de acrescer é exatamente o direito do herdeiro ou do legatário de receber a quota do faltante, desde que a disposição fosse conjunta e não houvesse um substituto. Caracterizá-lo como uma substituição presumida seria confundir os institutos, o que não seria, a nosso ver, o mais acertado. Além do mais, o herdeiro ou legatário favorecido já havia sido contemplado, não devendo ser chamado de substituto, ainda que somente em relação à parte acrescida.

Talvez o melhor mesmo seja atribuir ao direito de acrescer a natureza jurídica de *direito subjetivo*, constituindo mesmo um direito do herdeiro ou legatário receber a parte do faltante, desde que presentes os requisitos legais, em virtude de expressa disposição da lei. Como a parte a ser acrescida passa a constituir um direito imediato do herdeiro ou legatário nomeado conjuntamente, não há como negar ser um direito subjetivo o direito de acrescer.

1.3 Fundamento jurídico do direito de acrescer

Os arts. 1.941 e 1.942 do CC foram inspirados na presumível vontade do testador, no sentido de que deve a herança ou legado permanecer em mãos dos instituídos conjuntamente, relativo a parte do faltante.

⁹ Ob. cit., p. 570.

¹⁰ Instituições de Direito Civil, Forense, vol.VI, 15ª ed., p. 327.

A não-especificação do quinhão na nomeação conjunta aponta para a presunção do interesse do testador¹¹ na permanência da porção da herança ou do legado nas mãos dos instituídos coletivamente. Assim, admitiu o legislador que, acaso um deles não quisesse ou não pudesse receber, a sua parte ficasse para os outros.

O raciocínio parece-nos acertado, visto que acaso intentasse diferentemente ao testador, poderia ter nomeado um substituto, ou determinado que a parte do faltante fosse para os herdeiros legítimos (art. 1.941 do CC).

1.4 Direito de acrescer – sucessão legítima e testamentária

O direito de acrescer não é instituto específico do direito das sucessões, nem tampouco simplesmente da sucessão testamentária.¹² Fora do campo das sucessões, seriam exemplos a acessão (art. 1.248 do CC), o usufruto (art. 1.390 e ss.) e a doação (art. 551 e parágrafo único do CC).

No campo sucessório, mas fora da sucessão testamentária, por exemplo, o art. 1.810 do CC disciplina que “na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subseqüente”.

Assim, quando se estuda o direito de acrescer, como instituto jurídico, evidentemente que se deve fazê-lo a partir dos arts. 1.941 e ss. do Código Civil, pois está sistematizado naquela parte do Código, com pressupostos específicos e aplicação própria. Mas não se deve olvidar que o próprio Código Civil empresta o direito de acrescer para disciplinar outras situações jurídicas, até mesmo fora do campo do direito das sucessões. Nestas hipóteses, é bom lembrar, não se fazem presentes aqueles pressupostos presentes nos artigos 1.941 e ss. do Código Civil.

1.5 Pressupostos do direito de acrescer na sucessão testamentária (art. 1.941 do CC), quanto aos herdeiros

O art. 1.941 do CC dispõe que, quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança em quinhões

11 Este é o pensamento da doutrina. A Civilista e professora Giselda Hironaka, em apreciável exposição a respeito (Curso Avançado, cit., p. 415 e 416), cita o posicionamento de Orlando Gomes e Ney de Mello Almada, ambos no sentido de ser o fundamento do direito de acrescer “vontade presumida do testador”. Giselda encerra o capítulo dizendo que “*trata o direito de acrescer de matéria concernente a disposições de última vontade, sendo possível concluir, respeitadas as opiniões em sentido contrário, de que o desejo do testador é que deverá ser levado em conta, razão pela qual, se não nomeou substituto para o recebimento da coisa legada ou da quota-parte da herança ou do legado (se divisível for o mesmo), pretendia ver exercido tal direito pelos co-herdeiros ou co-legatário.*”

12 Eduardo de Oliveira Leite, cit., p. 572.

não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos co-herdeiros, salvo o direito do substituto.

Este dispositivo encerra a noção do direito de acrescer entre herdeiros, apresentando os pressupostos necessários à sua configuração. Entendemos serem três: a) a conjunção real ou mista; b) a falta de um dos co-herdeiros (que não pode ou recusa a sua parte na herança; e c) a ausência de previsão de um substituto.¹³

Eduardo Oliveira Leite entende serem dois os requisitos do direito de acrescer na sucessão testamentária: “a) instituição conjunta no mesmo bem - ou na mesma fração - sem que se determine a parte que cabe a cada um dos co-herdeiros; b) ausência de indicação do substituto do instituído conjuntamente”.¹⁴

1.5.1 Conjunção real ou mista

A conjunção real ou mista é a instituição de vários herdeiros em disposição testamentária idêntica ou diversa em contemplação conjunta dos herdeiros sem que tenha havido determinação da parte da cada um.

A deixa testamentária deverá contemplar vários herdeiros conjuntamente (*re tantum* ou *re et verbis*), sem previsão da quota-parte cabível, havendo um estado de solidariedade na disposição testamentária, pelo estado de indivisão. Assim, será conjunta a disposição que atribuir a duas pessoas determinada fração do patrimônio, sem discriminar a parte específica de cada um, antes, atribuindo a ambas o quinhão genericamente. Entretanto, como bem assevera Eduardo Oliveira Leite,¹⁵

se na mesma disposição testamentária, o testador declarar que os bens passarão a Pedro e Paulo, em partes iguais, não se trata mais de instituição conjunta, mas sim de uma atribuição de parte determinada a cada um dos herdeiros. Excluída está a conjunção, pois a referência à metade equivale a uma atribuição de 50% a cada um dos herdeiros.

Portanto, não basta pluralidade de herdeiros para que haja direito de acrescer, antes que tais herdeiros sejam nomeados em disposição conjunta, sem que a parte de cada um seja determinada.

13 Orlando Gomes, em sua obra *Sucessões*, Forense, 9ª ed., p. 152, inclui (tratando de direito de acrescer para herdeiros e legatários) dentre estes pressupostos, a “*existência de co-herdeiros, ou de co-legatários*”. Entretanto, como um dos requisitos é exatamente a conjunção, preferimos excluir a existência de co-herdeiros, visto que se houve disposição conjunta, evidentemente que há mais de um herdeiro.

14 Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 573.

15 Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 574.

1.5.2 Falta de um dos co-herdeiros

O art. 1.941 menciona que haverá direito de acrescer quando um co-herdeiro “não puder ou não quiser aceitá-la”, devendo-se entender por *não poder*, as hipóteses de indignidade (art. 1.814), pré-morte (art. 1.798), ausência (art. 22 e ss.) ou não-implemento da condição a que estava sujeito o legado. Quando se refere a *não quiser aceitá-la*, à renúncia (art. 1.804, parágrafo único).

1.5.3 Inexistência de substituto

O art. 1.941 condiciona o acréscimo ao co-herdeiro ao fato de não ter o testador nomeado substituto, para a hipótese de não querer o outro herdeiro a sua parte ou de estar impedido de recebê-la pelos motivos já referidos.

Nada impede também que o testador determine seja a parte do faltante transmitida aos herdeiros legítimos.

1.6 Direito de acrescer quanto ao legado (art. 1.942 do CC)

O art. 1.942 do CC dispõe que o direito de acrescer competirá aos co-legatários, quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa, ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização.

1.6.1 Nomeação conjunta

Haverá direito de acrescer entre co-legatários, primeiramente, quando a nomeação for conjunta (*re tantum ou re et verbis*), não tendo havido especificação da quota-parte de cada um.

1.6.2 Coisa determinada e certa ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização

A coisa deverá ser certa e determinada, entendendo por isso, Silvio Rodrigues¹⁶ que não existirá direito de acrescer quando o legado for em dinheiro, visto que “dinheiro é coisa genérica, cuja fungibilidade o exclui da regra acima referida.” Há de se considerar a viabilidade jurídica do direito de acrescer em se tratando de dinheiro; entretanto, não obstante este entendimento, não havendo motivo plausível para negar o acréscimo na hipótese de um legado de uma conta corrente ou aplicação bancária, por exemplo. Sendo nomeados

¹⁶ Direito Civil, cit., p. 226.

conjuntamente três legatários, por exemplo, de uma aplicação financeira com determinado valor, acaso um deles renuncie seu direito, deve-se aplicar o art. 1.942 do CC, acrescendo sua parte aos demais legatários, sendo esta a vontade presumida do testador.

Existirá direito de acrescer ainda quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização. O art. 1.710, parágrafo único, do CC de 1916, referia-se a risco de deterioração. O atual, compatível com o conceito de indivisibilidade estabelecido no art. 87 (do novo Código Civil), impõe que o bem legado não possa ser dividido diante da hipótese de *desvalorização*, o que ocorrerá quando, proporcionalmente, as frações do bem não tiverem o mesmo valor que o todo.

1.7 Encargos inerentes à parte vaga

O art. 1.943 enuncia que se um dos co-herdeiros ou co-legatários, nas condições do artigo antecedente, morrer antes do testador; se renunciar a herança ou legado, ou destes for excluído, e, se a condição sob a qual foi instituído não se verificar, acrescerá o seu quinhão, salvo o direito do substituto, à parte dos co-herdeiros ou co-legatários conjuntos.

Inócuo tal dispositivo, pois não acrescenta nada ao que já fora disciplinado pelos arts. 1.941 e 1.942 do CC, ou seja, havendo disposição conjunta para co-herdeiros ou co-legatários, não tendo havido discriminação dos quinhões, a parte do que não quis ou não pôde receber será acrescentada aos demais, apenas especificando as hipóteses da falta do herdeiro ou do legatário.

O parágrafo único do art. 1.943 dispõe que “os co-herdeiros ou co-legatários, aos quais acresceu o quinhão daquele que não quis ou não pôde suceder, ficam sujeitos às obrigações ou encargos que o oneravam”.

Portanto, aquele que se beneficiou com a parte proveniente daquele que não quis ou não pôde receber o respectivo quinhão, ficará sujeito às obrigações correspondentes daquele quinhão acrescido, exceto se esta obrigação foi *intuito personae*, conforme pacífico entendimento doutrinário.

1.8 Dos efeitos da não-ocorrência do direito de acrescer

O *caput* do art. 1.944 do CC reza que “quando não se efetua o direito de acrescer, transmite-se aos herdeiros legítimos a quota vaga do nomeado”. Não havendo direito de representação na sucessão testamentária, a porção do herdeiro ou legatário que não quis ou não pôde receber, não havendo direito de acrescer, será devolvida aos herdeiros legítimos. A solução é óbvia, na medida em que sempre que não há herdeiro ou legatário instituído, a ordem de vocação hereditária deve ser obedecida, por ser aquela prevista para tal finalidade, constituindo a presumida vontade do *de cuius* para o destino de seu patrimônio.

Pelo parágrafo único do artigo em comento,

em não se efetivando o direito de acrescer, no que se refere à quota do legatário que não puder ou não quiser receber o legado, acrescerá a mesma ao quinhão do herdeiro ou legatário, incumbido de satisfazer o legado. Entretanto, se o legado em questão tiver sido deduzido da herança, a quota vaga será devolvida ao monte-mor objeto da partilha, beneficiando todos os herdeiros, na proporção de seus quinhões (CC, parágrafo único do art. 1.944).¹⁷

1.9 Renúncia do acréscimo (art. 1.945 do CC)

A renúncia do acréscimo, prevista no art. 1.945 do novo Código Civil, é novidade legislativa, pois não constava no Código Civil de 1916.

O dispositivo provavelmente foi inspirado no art. 2.306.º do Código Civil português, quando reza que

a aquisição da parte acrescida dá-se por força da lei, sem necessidade de aceitação do beneficiário, que não pode repudiar separadamente essa parte, excepto quando sobre ela recaiam encargos especiais impostos pelo testador; neste caso, sendo objecto de repúdio, a porção acrescida reverte para a pessoa ou pessoas a favor de quem os encargos hajam sido constituídos.

O art. 1.945 do CC autoriza o beneficiário do acréscimo a repudiá-lo, desde que o acréscimo comporte encargos especiais impostos pelo testador. Esta renúncia apresenta-se como exceção à regra do art. 1.808 do CC, pelo qual não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo¹⁸. Nos termos do art. 1.945, no entanto, poderá um legatário aceitar parte de um legado, recusando outra adinda do direito de acrescer, se vier acompanhado de encargo, o que indica ser o direito de acrescer uma espécie de sucessão especial ou sucessão anômala, neste ponto.¹⁹

17 Giselda Hironaka, Curso Avançado de Direito Civil, cit., p. 419/420.

18 Cabe citar interessante comentário de Eduardo Oliveira Leite, a respeito do repúdio ao acréscimo admitido pelo novo Código Civil, quando diz que “a proposta legislativa é corajosa e contrária à tendência doutrinária nacional que, partindo do pressuposto segundo o qual, aceitar a parte primitiva e repudiar a quota que vem em acréscimo seria dividir o indivisível, nunca admitiu renunciável o direito de acréscimo.” Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 584.

19 Eduardo de Oliveira Leite, in Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 572 refere-se ao direito de acrescer nestes termos. Embora tenhamos inicialmente dito que não compartilhávamos deste entendimento, é verdade, quando denominou o civilista o direito de acrescer de “forma de vocação indireta (anômala, para outros)”, no aspecto do diferente tratamento da lei nesta parte do direito sucessório, admitimos que se trata, ao menos, de uma sucessão especial.

Ressalva o citado dispositivo que, com a renúncia, “reverte o acréscimo para a pessoa a favor de quem os encargos foram instituídos”.

1.10 Do direito de acrescer e o usufruto conjunto (art. 1.946 do CC)

O art. 1.946 do CC dispõe que “*legado um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos co-legatários*”. Ou seja, havendo conjunção, em quotas não determinadas, haverá acréscimo, contrariamente à regra estabelecida no usufruto, na qual o desaparecimento do usufruto consolida a propriedade.

Ao contrário, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo,

se não houver conjunção entre os co-legatários, ou se, apesar de conjuntos, só lhes foi legada certa parte do usufruto, consolidar-se-ão na propriedade as quotas dos que faltarem, à medida que eles forem faltando.

Portanto, se não houver conjunção, tendo havido legado em partes certas, discriminadas ou limitação do usufruto, a ausência do legatário será incorporada à propriedade, não havendo acréscimo aos demais legatários.²⁰

2. DAS SUBSTITUIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

2.1 Conceito

Para Itabaiana de Oliveira,²¹

substituição é a disposição mediante a qual o testador chama, em lugar do herdeiro ou legatário, um outro, que se diz substituto, para que venha a fruir, no todo em parte, as mesmas vantagens e encargos, quando, por qualquer causa, a sua vocação cesse.

Com efeito, o artigo 1.947 do Código Civil disciplina que o testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.

²⁰ Orlando Gomes, Sucessões, cit., p. 154.

²¹ Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 283.

A lei garante ao testador, portanto, a possibilidade de substituir um herdeiro ou legatário que não queira ou não possa receber seu quinhão ou legado, não havendo

*limitação para a substituição vulgar; e, seguindo as palavras de Ney de Mello Almada, é permitido ao disponente estabelecer que, se Paulo não aceitar, caberá a herança ou legado a Sérgio, em cuja substituição funcionará Gabriela, e assim por diante.*²²

Poderá ser singular ou plural a substituição, por ser lícito ao testador substituir muitas pessoas por uma só, ou vice-versa, e ainda substituir com reciprocidade ou sem ela (art. 1.948 do CC).

2.2 Espécies

As substituições podem ser: a) vulgar (art. 1.947 do CC), b) recíproca (art. 1.948 do CC), c) fideicomissária (art. 1.951 do CC) e d) compendiosa.

2.2.1 Substituição vulgar

A substituição vulgar consiste na previsão de um ou mais substitutos para receber a quota do herdeiro ou legatário que não quis ou não pôde aceitar. É exatamente a hipótese do art. 1.947 do CC.

O substituto fica sujeito à condição ou encargo imposto ao substituído, se outra não for a vontade do testador ou não for a condição ou encargo compatível com o substituto (art. 1.949). Ou seja, a princípio, a condição ou encargo imposto ao substituído acompanha a herança ou o legado. Porém, se forem “incompatíveis com a pessoa do novo sucessor e com as circunstâncias que acompanham o substituído”²³ ou se outra tiver sido a vontade manifestada do testador não fica onerado o substituto. Não poderia ser diferente, na medida em que tais deveres impostos pelo testador podem ser circunstanciais, não havendo, eventualmente, qualquer possibilidade do substituto cumpri-los, como no exemplo fornecido por Eduardo de Oliveira Leite, no qual,

*na disposição testamentária, ‘instituto Pedro herdeiro de minha cota disponível, com a condição de pintar meu retrato’, a condição de pintar o retrato do testador é pessoal ao herdeiro, pintor; e, pois, não se transmite ao substituto.*²⁴

22 Giselda Hironaka, Curso Avançado de Direito Civil, cit., p. 426.

23 Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, vol. VII, Atlas, 4ª ed., p. 280.

24 Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 603.

A regra principal, no entanto, deste dispositivo, é a de que se transmitem os encargos e as condições impostas ao instituído também ao substituto, se esta for a vontade do testador e se for possível ao substituto cumpri-la. Evidentemente que o substituto sempre terá a opção de renunciar à herança ou ao legado.

2.2.2 Substituição recíproca

A substituição recíproca ocorrerá se o testador instituir os próprios herdeiros ou legatários como substitutos uns dos outros. A substituição recíproca poderá ser geral ou particular. Será geral se todos os herdeiros ou legatários substituírem aquele que faltar, e particular se apenas um ou mais herdeiros ou legatários apontados pelo testador substituírem a quem não pôde ou não quis receber.

Na substituição recíproca, será obedecida a proporcionalidade dos quinhões, em virtude do disposto no art. 1.950 do CC:

se, entre muitos co-herdeiros ou legatários de partes desiguais, for estabelecida substituição recíproca, a proporção dos quinhões fixada na primeira disposição entender-se-á mantida na segunda; se, com as outras anteriormente nomeadas, for incluída mais alguma pessoa na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos.

Itabaiana de Oliveira²⁵, a partir do art. 1.732 do CC de 1916, agora art. 1.950, expõe as três regras a serem observadas a partir da substituição recíproca. A primeira, que “*se os herdeiros ou legatários forem instituídos em partes iguais, entender-se-á que os substitutos recebem partes iguais no quinhão vago*”, permanecendo intacta a proporção dos quinhões, conforme estabelecido pelo testador. A segunda regra, tendo em vista o mesmo efeito, é que “*se os herdeiros ou legatários forem instituídos em partes desiguais, a proporção dos quinhões, fixada na primeira disposição, entender-se-á mantida na segunda*”. Portanto, se houve, inicialmente, distribuição desigual dos quinhões, a quota do que faltar será distribuída na mesma proporção, mantendo-se a disposição desigual entre os herdeiros ou legatários. Finalmente, “*se, porém, com os herdeiros ou legatários instituídos em partes desiguais, for incluída mais alguma pessoa na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos*”, mandamento este necessário ante a impossibilidade, nesta hipótese de se assegurar a mesma proporção.

²⁵ Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 287.

2.2.3 Substituição fideicomissária

Impropriamente denominada de substituição, o fideicomisso é uma forma de disposição da herança ou do legado, na qual o testador deixa os seus bens ao fiduciário, para que este, após certo tempo, implemento de uma condição, ou sua morte, passe os bens ao herdeiro fideicomissário.

2.2.4 Substituição compendiosa

Admite-se que o testador pode instituir um substituto vulgar tanto para o fiduciário quanto para o fideicomissário, não contrariando o art. 1.960 do CC.²⁶

2.3 Da caducidade da substituição

Ocorrerá caducidade da substituição se, em primeiro lugar, o instituído quiser e aceitar a herança ou legado. Evidentemente que nesta hipótese não haverá substituição, pois esta depende exatamente do fato do herdeiro ou legatário não poder ou querer aceitá-la.

Também caducará a substituição se o substituto pré-morrer ao autor da herança (pois não há direito de representação na sucessão testamentária), hipótese em que os herdeiros legítimos serão convocados, por resultar esta parte da herança sem testamento (art. 1.829 do CC).

Conforme Orlando Gomes,²⁷ um dos pressupostos da substituição é a “existência do substituto”. Não havendo um substituto, por não querer ou não poder aceitar, inexistente substituição, sendo chamados, por conseguinte, os herdeiros legítimos. Da mesma forma, “a designação será sempre expressa; não se presume a título de “substituição tácita” o chamamento dos descendentes do substituto”,²⁸ pois não há direito de representação na sucessão testamentária.

O mesmo ocorrerá se o substituto não tiver legitimação para receber por herança ou renunciar, devendo, como na hipótese anterior, serem chamados os herdeiros legítimos.

Por fim, caduca a substituição se os sucessores do instituído, morto este *depois de aberta a sucessão, mas antes de se pronunciar sobre ela*, aceitarem a herança ou legado. A esse respeito, Caio Mário nos adverte que

não se trata aqui de dupla substituição, mas de apuração pura e simples dos princípios que regem a sucessão causa mortis, não

26 Registre-se posicionamento contrário de Itabaiana de Oliveira, que entende que de acordo com o art. 1.733 do CC de 1916 (atualmente art. 1.951) somente será possível uma única substituição fideicomissária.

27 Sucessões, cit., p. 189.

28 Caio Mário, Instituições de Direito Civil, cit., p. 293.

*se podendo perder de vista que o substituto é um herdeiro testamentário, embora nomeado em segundo grau.*²⁹

2.4 Do fideicomisso

O artigo 1.951 do novo Código Civil dispõe que

pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmite ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

O fideicomisso não é novidade legislativa criada neste Código Civil. O estatuto de 1916 já previa a possibilidade de o testador valer-se desta cláusula,³⁰ embora o instituto tenha sofrido sensíveis modificações, como veremos.

O instituto jurídico do fideicomisso teve origem em Roma, diante da necessidade que tinham alguns testadores em deixar bens para pessoas não legitimadas para tanto. Assim, o

*testador burlava eventuais proibições pedindo a um herdeiro que se encarregasse de entregar seus bens ao terceiro que o testador queria verdadeiramente beneficiar. O disponente confiava na boa-fé do herdeiro (fidei tua commito), de onde proveio a palavra fideicomisso (fideicomissum). O testador “cometia” (entregava) a herança a alguém, sob confiança de sua boa-fé (fidei tua).*³¹

Deve-se entender por fideicomisso a disposição testamentária³² na qual o testador institui herdeiro ou legatário para que, ao fim de determinado tempo,

29 Instituições de Direito Civil, cit., p. 293.

30 O art. 1.733 do Código Civil revogado estabelecia que “pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança, ou o legado.”

31 Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, vol. VII, cit., p. 283.

32 Advirta-se que o fideicomisso não é instituto exclusivo do direito das sucessões. Conforme Silvio de Salvo Venosa, “nada impede que, por ato entre vivos, no direito obrigacional, se estipule o fideicomisso. Nada existe na lei para impedi-lo e a propriedade resolúvel é legalmente aceita entre nós. Apenas ocorre que se trata de instituto típico do direito testamentário, do qual se originou. Se avençado por meio do direito obrigacional, não sofrerá as restrições próprias da sucessão. Se instituído por meio de doação, que muito se aproxima dos legados, os princípios sucessórios serão aplicados, em virtude das similitudes e dos reflexos no direito sucessório. Se inserido em negócio oneroso, tratar-se-á de contrato atípico, que apenas usa o mecanismo básico do instituto original. Ver-se-á, nesse caso, o fenômeno sob o prisma de um negócio jurídico entre vivos.” Direito Civil, vol. VII, cit., p. 282.

implemento de uma condição, ou a morte deste, receba outra pessoa o que lhe coube. O fideicomisso, segundo Itabaiana de Oliveira, poderá ser

*a) universal - quando abrange a totalidade ou uma fração da massa hereditária, correspondente a uma instituição de herdeiro; b) particular - quando se restringe a uma porção certa e determinada da herança, sendo, neste caso, uma peculiar modalidade do legado.*³³

Caio Mário definiu o instituto como sendo a “instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de transmitir os bens a uma pessoa a certo tempo, por morte, ou sob condição preestabelecida”.³⁴ Para Itabaiana,

*fideicomisso é a instituição de herdeiros ou legatários, feita pelo testador, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado.*³⁵

Eduardo Oliveira Leite aponta três características do instituto,

*a) a dupla disposição testamentária; b) a obrigação de conservar e restituir os bens; e c) a ordem sucessiva, isto é, a execução daquela obrigação ou substituição fideicomissária deferida ao tempo da morte do fiduciário.*³⁶

Dupla disposição testamentária porque o testador transmite a herança ou legado ao fiduciário e ao fideicomissário de uma só vez, apenas o fazendo numa ordem sucessiva, ou seja, transmitindo ao fiduciário, para que, a certo tempo, morte ou condição, entregue ao fideicomissário. Sendo a propriedade resolúvel, terá o fiduciário que conservá-la, garantindo, o parágrafo único do art. 1.953 ao fideicomissário que “o fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário”.

Pode o testador instituir livremente o fideicomisso para porção da herança ou legado. Mas já se decidiu que não poderá haver fideicomisso para burlar a legítima dos herdeiros necessários.³⁷

33 Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 290.

34 Instituições de Direito Civil, cit., p. 295.

35 Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 288.

36 Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 609.

37 “Fideicomisso - Instituto que não pode servir para deserdação ou mera atribuição de usufruto ao herdeiro necessário para que a herança seja transmitida a terceiro - Legítima do herdeiro necessário que não é alcançada por ato de vontade do autor da herança - Interpretação do

Na verdade, não consiste o fideicomisso numa substituição. Embora seja denominada pela lei de “substituição fideicomissária”, temos que admitir não se tratar, tecnicamente, de uma substituição. Nesta, o testador indica um destinatário para a hipótese do herdeiro ou legatário não querer ou não poder aceitar, o que difere do fideicomisso, que é a instituição de um herdeiro ou legatário, que receberá a deixa, permanecendo com o dever de passá-la ao fim de um tempo, condição ou sua morte a outra pessoa. Bem comentou Eduardo Oliveira Leite o art. 1.951 do Código Civil, citando Pontes de Miranda, ao dizer que

o Código Civil brasileiro “encambulhou” (juntou, uniu, ligou) as substituições vulgares e os fideicomissos, coisas distintíssimas. No fideicomisso, a sucessividade nos bens é essencial. O fideicomissário não recolhe os bens no instante da abertura da sucessão. Na substituição, não há sucessividade temporal, e sim, instituição³⁸ de um, em vez de outro (sub institutio). Na substituição vulgar, diferentemente do que ocorre com o fideicomisso, há apenas uma liberalidade. Em vez de B, após A, a substituição vulgar consiste em instituição de A ou B. Para o fideicomisso exige-se a ordem sucessiva, dupla disposição, duas liberalidades, duas heranças, ou dois legados. Se uma ocorre na falta de outra, não se dispôs duplamente, de modo que ou uma das pessoas herda ou herda a outra.

No fideicomisso, portanto, existe uma disposição testamentária na qual é instituído um herdeiro ou legatário, denominado *fiduciário*, o qual passará, a certo tempo, condição ou sua morte a herança ou legado ao *fideicomissário*. O testador é denominado *fideicomitente*.

O fideicomissário é herdeiro não do fiduciário, mas sim do fideicomitente (testador). Assim, embora se diga na doutrina que o fiduciário “transmite”³⁹ a

art. 1.773 do CC. Conforme interpretação do art. 1.773 do CC, o fideicomisso não pode servir para deserdação ou mera atribuição de usufruto ao herdeiro necessário para que a herança seja transmitida a terceiro, pois a instituição de herdeiro ou legatário é ato de vontade que não alcança a legítima do herdeiro necessário, cujo direito independe de ato de vontade do autor da herança (RT 789/222)."

38 Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 607. Ver também Silvio Salvo Venosa, Direito Civil, vol. VII, cit., p. 281.

39 Maria Helena Diniz, por exemplo, conceituando o fideicomisso, diz que há uma “dupla liberalidade, em ordem sucessiva, ao fiduciário e ao fideicomissário, pois o fiduciário receberá, desde logo, a posse e a propriedade da herança ou do legado, transmitindo-o ao fideicomissário”. Curso de Direito Civil Brasileiro, 6ª vol., Saraiva, 2002, p. 269. Se há uma dupla liberalidade, como a própria conceituada civilista expôs, entendemos que não se deve utilizar o termo transmissão (que em direito das sucessões possui significado técnico) para a devolução do bem fideicomitido ao fideicomissário pelo fiduciário.

herança ou legado ao fideicomissário, o certo é que essa transmissão se dá pela *droit de saisine*, ou seja, dupla transmissão pelo próprio testador ao fiduciário e ao fideicomissário, apenas, de maneira sucessiva. A própria leitura do art. 1.951 do CC já nos impõe tais conclusões, quando narra que “a herança ou legado se transmite ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem que se qualifica de fideicomissário”. Da mesma forma, pelo Código Civil português, no art. 2.286º,

diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição.

Curiosamente, no entanto, o Código Civil de 1916, em seu art. 1.733, utilizava, atecnicamente, o termo “transmitir”, quando mencionava a entrega dos bens ao fideicomissário pelo fiduciário.⁴⁰

Por este motivo, não podemos aceitar o posicionamento de Sílvio Venosa, de que “os motivos que excluem da sucessão os herdeiros e legatários por indignidade devem também se aplicar ao fideicomissário com relação ao fiduciário”,⁴¹ na medida em que o fideicomissário não é herdeiro do fiduciário, como já dito, e sim, diretamente do fideicomitente.⁴²

O fiduciário tem, portanto, propriedade restrita e resolúvel (art. 1.953), pois deve transmiti-la (*rectius*, entregá-la, passá-la) ao fideicomissário e não aos seus próprios herdeiros. É denominada pela lei de resolúvel exatamente pelo caráter *temporário* da propriedade⁴³ do fiduciário. Embora possa o fiduciário permanecer com o domínio durante toda sua vida, é certo que a impossibilita-

40 “Art. 1.733. Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança, ou o legado”.

41 O civilista expõe em seguida que “*sumamente imoral seria permitir que o fideicomissário recebesse os bens fideicomitidos, se atentasse contra a vida do fiduciário, por exemplo. O mesmo se diga das demais causas, não tão graves, de indignidade, do art. 1.814 (antigo art. 1.595) que, também permitem essa exegese, e vão ao encontro do espírito da lei.*” Direito Civil, vol. VII, cit., p. 287. Entretanto, não sendo o fideicomissário herdeiro do fiduciário, não há correspondência entre o ato praticado pelo fideicomissário em relação ao fiduciário e os efeitos jurídicos da indignidade. Seria ato de indignidade (em seu conceito jurídico) do fideicomissário, por exemplo, se atentasse contra a liberdade de testar do fiduciário? Qual a relação com o bem fideicomitido, se tal bem já lhe foi transmitido pelo fideicomitente, sendo propriedade apenas resolúvel do fiduciário? Ora, o fideicomissário não depende do testamento do fiduciário. Por tais razões entendemos não se aplicar neste aspecto a indignidade.

42 Neste sentido, ver Giselda Hironaka, in Curso Avançado, cit., p. 429.

43 Orlando Gomes, Direitos Reais, Forense, 16ª ed., p. 236.

de de transmiti-la a seus herdeiros (exceto se houver caducidade do fideicomisso, quando a propriedade se consumará em mãos do fiduciário; mas mesmo existindo exceções, deve-se considerá-la limitada e resolúvel, por ser esta a essência do fideicomisso) já importa numa limitação temporal, sendo, pois, resolúvel.

A doutrina costuma mencionar que o fideicomissário é o titular de um direito eventual.⁴⁴ O termo *eventual*, entretanto, liga-se a fato ou evento futuro e *incerto*,⁴⁵ não se adaptando aos termos “morte” e “certo tempo”, previstos no art. 1.951. Entretanto, o direito do fideicomissário deve ser mesmo considerado eventual. Embora tenha dito Orlando Gomes tratar-se de um *direito diferido* e não *mera expectativa de direito*,⁴⁶ ainda assim, poderá o fideicomissário não vir a receber a herança ou o legado, o que mostra ser seu direito (ainda que exista desde a *saisine*) mesmo eventual. Assim, nas hipóteses de o fideicomissário morrer antes do fiduciário (art. 1.958), se renunciar seu direito sucessório (art. 1.955), ou se a coisa perecer em mãos do fiduciário⁴⁷ sem que tenha havido culpa deste, caducará o fideicomisso, o que nos revela que seu direito, ainda que não tenha sido constituído sobre uma *condição*, pode ser considerado eventual.

2.5 Prole eventual

O Novo Código Civil limitou o alcance do instituto, a impor a substituição fideicomissária somente aos não-concebidos ao tempo da abertura da sucessão (art. 1.952 do CC). O parágrafo único do art. 1.952 admite, no entanto, que se o fideicomissário já tiver nascido no momento da abertura da sucessão adquirirá a propriedade do bem transmitido, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

O Código Civil de 1916 não continha disposição semelhante, sendo esta uma significativa alteração do instituto do fideicomisso.

44 Assim, Caio Mário, in Instituições de Direito Civil, cit., p. 303; Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, vol. VII, cit., p. 282; Orlando Gomes, Direito das Sucessões, cit., p. 196.

45 O art. 121 do CC, por exemplo, narra que “*considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto*.” Com o mesmo vocabulário jurídico, o art. 130 do CC dispõe que “ao titular de direito eventual, no casos de condição suspensiva e resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.” Diferentemente, quando trata do “termo”, o mesmo Código não utiliza a expressão “eventual”.

46 “Ocorrendo a substituição, torna-se adquirido esse direito eventual. Costuma-se dizer que até a aquisição tem simples expectativa de direito, mas, em verdade, é titular de um direito diferido, ao qual pode renunciar e até ceder, praticando o ato de disposição incompatível com a mera expectativa” Talvez tenha se referido ao conceito de Itabaiana de Oliveira, por ter este último doutrinador dito que “o fideicomissário é, pois, um herdeiro, ou legatário, instituído sob a condição suspensiva de receber e para quem a expectativa de direito (*spes dñbitum iri*) sobre a herança, ou o legado, só se cristaliza, em realidade, com o advento do termo que faz cessar o direito do fiduciário”. Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 293.

47 Ver Giselda Hironaka, Curso Avançado de Direito Civil, cit., p. 431.

A nova roupagem do fideicomisso, no entanto, deve ser analisada com a devida atenção. O *caput* do art. 1.952 narra que “a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”. Assim, deve-se considerar nulo o fideicomisso se contemplado alguém já existente (ao menos concebido) na data da disposição testamentária. A conversão do fideicomisso em usufruto acontecerá se ao tempo da morte do testador já houver nascido o fideicomissário, só se podendo admitir o fideicomisso, nos termos do art. 1.952 se o fideicomissário for concebido após a morte do fideicomitente.⁴⁸

2.6 Ineficácia do fideicomisso além do segundo grau

O art. 1.959 estabelece que são nulos os fideicomissos além do segundo grau. Em seguida, de forma despcienda, o art. 1.960 dispõe que a nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutorio. Se o dispositivo anterior já mencionava que nulo é o fideicomisso além do segundo grau, não precisava resguardar a parte não atingida pela nulidade.

A doutrina é categórica em diferenciar grau de substituição de grau de vocação, para que seja corretamente interpretado o art. 1.959 do CC. Portanto, o que a lei proíbe é a instituição de terceiro grau de vocação, admitindo, no entanto, a substituição do fiduciário ou do fideicomissário, conforme mencionamos acima (substituição compendiosa). Nada impede, assim, haja uma disposição, no seguinte sentido: nomeio A como fiduciário e B fideicomissário; se A não quiser, será substituído por Z, ou por W, se Z não quiser. Da mesma forma quanto ao fideicomissário.

Na substituição compendiosa, não há infringência ao disposto no art. 1.959, pois não há alteração do grau do fideicomisso. O substituto simplesmente recebe em lugar do fiduciário ou do fideicomissário. O que não pode é previsão de transferência do fideicomissário para herdeiro em terceiro grau de vocação.⁴⁹ Se tal ocorrer, nula é a disposição - nulidade do excesso somente. Assim, se o testador dispuser: deixou o bem X para A (fiduciário), para que depois de sua morte seja entregue a B (fideicomissário), para que depois de sua morte seja

48 Giselda Hironaka, em excelente exposição, demonstra as três hipóteses: “no sistema atual o fideicomisso só é passível de validade quando a deixa seja escrita em benefício de alguém ainda não concebido, a um indivíduo potencial. Se a pessoa já existia, ao menos como nascituro, ao tempo da deixa, nulo será o fideicomisso assim engendrado. Se, por outro lado, o beneficiário sucessivo da deixa testamentária não fora concebido no entretempo entre a facção do testamento e a morte do testador, subsistirá o fideicomisso. Por fim, se o fideicomissário fora concebido no período considerado na hipótese anterior, reger-se-á a deixa testamentária pelas regras atinentes ao usufruto, consoante o disposto no parágrafo único do art. 1.952.” Curso de Direito Civil, cit., p. 433.

49 Giselda Hironaka, Curso Avançado de Direito Civil, cit., p. 432.

entregue a C, “a disposição é nula, não prevalece e o terceiro nada poderá reclamar, nem mesmo por ocasião da morte do fideicomissário.”⁵⁰

2.7 Poderes e deveres do fiduciário

São deveres do fiduciário:

a) Passar os bens ao fideicomissário. Sobre eventuais benfeitorias, não existe consenso na doutrina, entendendo Caio Mário,⁵¹ com fundamento em Itabaiana de Oliveira,⁵² que teria o fiduciário direito às benfeitorias úteis e necessárias, não quanto às voluptuárias. Sílvio Venosa, no entanto, posiciona-se totalmente contrário, quando afirma que

o fideicomissário recebe os bens com os acréscimos ou cômodos feitos pelo fiduciário (art. 1.956; antigo, art. 1.736). Não tem, pois o fiduciário direito à indenização ou retenção por benfeitorias. Justo, contudo, que possa levantar as benfeitorias voluptuárias.

Embora o art. 1.956 do CC estabeleça que “se o fideicomissário aceitar a herança ou o legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo acrescer”, parece-nos que ainda resta ao fiduciário a indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, podendo inclusive levantar as voluptuárias, tudo nos termos do art. 1.219 do CC. O art. 1.956, por sua vez, menciona direito de acrescer, nos dando a impressão de tratar de situações outras, não de benfeitorias realizadas sobre os bens pelo próprio fiduciário. Eduardo Oliveira Leite, comentando o art. 1.956 do CC, cita vários exemplos em que poderá ocorrer direito de acrescer ao fiduciário beneficiando o fideicomissário. Assim,

a) se o fideicomisso for de legado, ao que acrescer ao fiduciário como legatário (art. 1.946); b) se o testador fez o fiduciário substituto de outro co-herdeiro, ou legatário, o fideicomissário terá direito, também a essa parte; c) se o testador, com herdeiros legítimos, a um deles dá fideicomisso (“deixo a B o fideicomisso da quota do meu sobrinho mais velho”, “deixo aos meus herdeiros legítimos, sendo fiduciário do mais moço B”, ou se construtivos os fiduciários), o que advier em virtude dos arts. 1.906 e 1.944, entende-se devido ao fideicomissário; d) se o legado ou modos

50 Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 628.

51 Instituições de Direito Civil, cit., p. 302.

52 Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 292.

*imposto ao fiduciário cai (por exemplo, parágrafo único do art. 1.944) aproveita isso ao fideicomissário.*⁵³

b) Preservar os bens, por ser propriedade resolúvel. Diante da obrigação do fiduciário de conservar os bens fideicomitidos,⁵⁴ terá direito o fideicomissário à indenização pelos danos causados pelo primeiro à coisa, desde que tenha agido com culpa,⁵⁵ pois a deterioração pelo uso normal, sem excessos da coisa, não configura dano a ser indenizado.

c) Inventariar os bens fideicomitidos e prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário (art. 1953, parágrafo único). O fiduciário deverá não somente entregar a herança ou legado, como também inventariar os bens a serem entregues ao fideicomissário, advertindo-nos Eduardo de Oliveira Leite que

*o fiduciário não pode ficar isento da obrigação de proceder ao inventário dos bens gravados, nem mesmo por determinação do testador, por ser matéria de ordem pública. Nem mesmo o fideicomissário poderá ser obstáculo a que o fiduciário proceda ao inventário, a que por lei fica obrigado.*⁵⁶

Quanto à exigência de caução por parte do fideicomissário, constitui um direito deste, com fundamento no parágrafo único do art. 1.953 do CC. A prerrogativa deve ser vista como forma de prevenir excessos do fiduciário, ou garantir a existência dos bens que estiverem na iminência de serem deteriorados, o que deve ser demonstrado pelo fideicomissário. Mas se deve compreender a exigência no que diz respeito aos bens móveis, por serem bens de “fácil transmissão e difícil controle”.⁵⁷

Cabe dizer, entretanto, que o fideicomisso, conforme já visto, por disposição do art. 1.952 do CC, só se admite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, ou seja, em favor de prole futura. Portanto, não tendo o fideicomissário ainda nascido, restaria a pergunta de quem poderia exigir tal caução, tendo Caio Mário sugerido que possa “a caução ser exigida por quem tenha a guarda dos interesses do fideicomissário em expectativa”.⁵⁸ Sem dúvida, deveria

53 Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 623.

54 Giselda Hironaka comenta que “o fiduciário, assim, tem o ônus de conservar o bem no estado em que este se encontrava, o que implica não só diligências para evitar danos, como também a obrigação de repará-los. Ao restituir a propriedade, aquele direito eventual do fideicomissário se transforma para direito adquirido, pois ocorreu a substituição”. Curso Avançado de Direito Civil, cit., p. 430.

55 Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, it., p. 292.

56 Comentários ao Novo Código Civil, cit., p. 616.

57 Silvio Salvo Venosa, Direito Civil, vol. VII, cit., p. 285.

58 Instituições de Direito Civil, vol. VI, cit., p. 304.

o legislador ter apresentado uma solução para tanto, indicando quem deve resguardar os interesses do fideicomissário, ainda não concebido.

São direitos do fiduciário:

a) Usar e gozar da coisa como proprietário legítimo que é. Enquanto durar seu título, poderá usufruir de seus direitos de proprietário.

b) Alienar o bem fideicomitido. Como proprietário dos bens transmitidos em fideicomisso, o fiduciário pode alienar ou gravar com penhor ou hipoteca a coisa. Entretanto, com o implemento da condição, termo ou sua morte, resolve-se o domínio do adquirente e o bem é transferido ao fideicomissário. Portanto, trata-se de uma alienação sob condição resolutiva, pois mesmo com a alienação do bem pelo fiduciário permanecerá o fideicomissário com seu direito eventual inatingível.⁵⁹

Nada impede que o testador institua o fideicomisso com cláusula de inalienabilidade, “quando realmente deseja que os bens fideicomitidos cheguem as mãos do fideicomissário”.⁶⁰ Tal temor relaciona-se, evidentemente, com maior pertinência quanto aos bens móveis. Entretanto, há de se levar em conta, no que respeita aos bens móveis, o fato de que o fideicomisso deverá ser averbado na matrícula do imóvel, conforme o art. 167, II, nº 11, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73). E,

*enquanto não houver registro, o fideicomisso só opera entre fiduciário e fideicomissário. Alienado o bem pelo fiduciário, valerá para os terceiros a alienação, não podendo o fideicomissário reivindicá-lo. Deve ser examinada, contudo, a boa-fé do terceiro adquirente. Se não puder reivindicar o bem, caberá ao fideicomissário pedir o valor da herança ou legado ao fiduciário, quando subentrar no direito sucessório, nunca antes.*⁶¹

2.8 Direitos e deveres do fideicomissário

No curso da exposição dos direitos e deveres do fiduciário, acabamos tratando, por via oblíqua, dos direitos e deveres do fideicomissário. Entretanto, para que haja um transcorrer lógico do tema, abordaremos, ainda que sucintamente, dos direitos e deveres do fideicomissário.

São eles: a) direito de receber, conforme a cláusula testamentária tiver disposto, a porção da herança ou o legado, com os acréscimos correspondentes (art. 1.956); b) exigir caução dos bens gravados, bem como o inventário dos

59 Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, cit., p. 236.

60 Silvio Rodrigues, Direito Civil, cit., p. 248.

61 Silvio Salvo Venosa, Direito Civil, vol. VII, p. 285.

mesmos, conforme parágrafo único do art. 1.956; c) indenizar o fiduciário pelas benfeitorias úteis e necessárias empregadas no bem fideicomitado; d) responder pelos encargos da herança que ainda restarem ao sobrevir a sucessão (art. 1.957).

2.9 Caducidade do fideicomisso

O fideicomisso caducará nas seguintes hipóteses:

a) Pelo perecimento do objeto sem culpa do fiduciário. Havendo culpa de sua parte, terá o fideicomissário, como visto acima, direito à indenização correspondente;

b) Pela renúncia do fiduciário (art. 1.954). Neste caso, o fideicomissário será chamado a aceitar a herança ou legado, sendo considerado, segundo Caio Mário, nesta situação, um substituto vulgar, pois a renúncia do fiduciário desconfigurará o fideicomisso, havendo uma substituição dele pelo fideicomissário. Evidentemente que, por tratar o fideicomisso de contemplação de prole futura, se ainda não estiver concebido, deve-se aplicar o art. 1.800 do CC;

c) Pela renúncia do fideicomissário, nos termos do art. 1.955 do CC, o qual dispõe que, nesta hipótese, deixa de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, ou seja, consolida-se a propriedade dos bens fideicomitados no fiduciário, desde que outra não tenha sido a vontade expressa pelo fideicomitente, o qual poderá, por exemplo, ter determinado que os bens voltassem para os herdeiros legítimos;

d) O art. 1.958 estabelece que caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último, consolidando-se a propriedade no fiduciário.

A doutrina⁶² sempre considerou a falta de legitimidade e a exclusão do fideicomissário como hipótese de caducidade do fideicomisso. O novo Código Civil, no entanto, ao dispor no art. 1.952 que o fideicomisso será instituído para contemplar prole futura, acabou por afastar esta hipótese de caducidade. Caio Mário,⁶³ porém, admite a indignidade do fideicomissário se “ao tempo da abertura da sucessão, já estiver vivo (caso do parágrafo único [do art. 1.952]) e em idade suficiente para a prática de qualquer dos atos descritos no art. 1.814.” Mas deve-se ressaltar que nesta hipótese o fideicomisso já tinha se transfigurado, por força do próprio parágrafo único do art. 1.952 em usufruto, não se podendo incluir tal indignidade no elenco das caducidades do fideicomisso.

62 Ver Itabaiana de Oliveira, Tratado de Direito das Sucessões, cit., p. 295.

63 Instituições de Direito Civil, cit., p. 306.

2.10 Fideicomisso e usufruto

Existe uma preocupação da doutrina em diferenciar o fideicomisso do usufruto. Embora o fideicomisso possua contornos próprios, havendo nítida distinção do usufruto, é certo que “a utilização de linguagem menos técnica, pelo testador, confunde, às vezes, as noções, denominando-os equivocadamente um pelo outro.”⁶⁴

Em geral, podem-se diferenciar os institutos em dois aspectos:

1. No usufruto, que é um direito real, existe desmembramento da propriedade, permanecendo o usufrutuário com os poderes de usar e gozar a coisa e o nu-proprietário com a propriedade vazia, apenas com o poder de dispor. No fideicomisso, não há desmembramento da propriedade, pois o fiduciário permanece com todos os poderes inerentes ao domínio, apenas de forma resolúvel, visto que a propriedade será entregue ao fideicomissário futuramente.

2. O usufruto é disposição simultânea, havendo o usufrutuário e o nu-proprietário dividindo o conteúdo da propriedade. No fideicomisso, a dupla disposição se dá de maneira sucessiva: um recebe (fiduciário) para depois entregar a outro (fideicomissário).

REFERÊNCIAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. Inventários e Partilhas - Direito das Sucessões - Teoria e Prática, 16ª ed., São Paulo: Leud, 2003.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil – Direito das Sucessões. Coord. Everaldo Cambler. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v.6.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões, Vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. Sucessões, Forense, 9ª ed., Rio de Janeiro, 2000.

_____. Direitos Reais, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de direito das sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5ª ed., 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo Código Civil – Do direito das sucessões – Arts. 1.784 a 2.027. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI.

_____. Direito Civil Aplicado. Vol. 6, São Paulo: RT, 2004.

64 Instituições de Direito Civil, cit.p. 306.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões. 15ª ed., atualizada por Carlos Roberto B. Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI.

RODRIGUES, Silvio. Direito das Sucessões, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito das Sucessões, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.